

# VU Research Portal

## Case note: HvJ EG

Borgers, M.J.

2006

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2006). *Case note: HvJ EG*, No. 500, Jun 16, 2005. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2006).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Noot van M.J. Borgers

1

Er is alweer enige tijd verstreken sinds het wijzen van de uitspraak in de Pupino-zaak. Het voordeel daarvan is dat ook de reacties op de uitspraak in deze annotatie kunnen worden betrokken. Want er is inmiddels door juristen (niet: politici, zie onder 3) het nodige geschreven over en naar aanleiding van deze zaak. Ik noem in het bijzonder Kristen & Simmelink, DD 2005, p. 1058–1078, Barents, SEW 2006, p. 74–78, en Corstens, NTER 2006, p. 24–28. Zie voorts in een bredere context de bijdragen van Groenhuijsen, Van Kempen, Kristen en Borgers in Implementatie van kaderbesluiten (Nijmegen: WLP najaar 2006), met daarin ook verwijzingen naar de talrijke commentaren in de buitenlandse literatuur. Wat opvalt, is het verschil in toonzetting. Het aanvaarden van de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie wordt door sommigen scherp bekritiseerd (zie vooral Kristen & Simmelink, t.a.p.), door anderen als een weliswaar opmerkelijke, maar niettemin alleszins aanvaardbare beslissing beschouwd (vgl. bijvoorbeeld Barents, t.a.p.; Prechal, Juridisch cement voor de Europese Unie, oratie Utrecht, 2006). Het is een ontmoeting tussen bloedgroepen, met strafrechtjuristen als antagonisten, en Europees rechtsspecialisten als protagonisten. Dat beeld is misschien wat ongenueanceerd, maar één ding is duidelijk: het HvJ EG heeft heel wat discussie — of moet men zeggen: gevoelens — losgemaakt. Wat is er aan de hand?

2

Het gaat in de Pupino-zaak om de vraag welke betekenis kaderbesluiten hebben bij de interpretatie van het nationale recht door de nationale rechter. Meer specifiek gaat het daarbij om de vraag of op grond van het recht van Derde Pijler — titel VI van het EU-Verdrag — een plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie bestaat, evenals in de communautaire Eerste Pijler een plicht tot richtlijnconforme interpretatie geldt. Het HvJ EG beantwoordt deze vraag positief. Daartoe draagt het in r.o. 33–42 vier argumenten aan: de gelijkheid tussen de verdragsrechtelijke definities van richtlijnen en kaderbesluiten; het nuttig effect van de prejudiciële procedure van art. 35 EU-Verdrag; de ontwikkeling van de Europese Unie naar een samenhangende en solidaire organisatie; en het — in deze uitspraak voor de Derde Pijler geïntroduceerde — beginsel van loyale samenwerking. Met Kristen & Simmelink (t.a.p., p. 1066, 1070) kan worden aangenomen dat aan het derde argument het meeste gewicht toekomt, zij het dat dat argument feitelijk nog veel scherper moet worden geformuleerd. Met de Pupino-uitspraak kent het HvJ EG aan het recht van de Derde Pijler een autonoom karakter toe, waardoor dat recht onder eigen voorwaarden doorwerkt in het nationale recht van de lidstaten. Om die reden wordt de Pupino-uitspraak in verband gebracht met de befaamde uitspraken van het HvJ EG in de zaken Van Gend & Loos en Costa/Enel, waarin het concept van de communautaire rechtsorde is ontwikkeld. Weliswaar kan de rechtsorde van de Derde Pijler niet (zonder meer) op één lijn worden gesteld met de communautaire rechtsorde, maar het maakt duidelijk dat de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, zoals

bedoeld in titel VI van het EU-Verdrag, aanmerkelijk meer behelst dan ‘gewone’ intergouvernementele samenwerking tussen staten.

Met deze laatste constatering heeft men direct de kern van de kritiek op de Pupino-uitspraak te pakken. Het is namelijk de vraag of de lidstaten bij de totstandkoming van Titel VI van het EU-Verdrag niet juist intergouvernementele samenwerking voor ogen heeft gestaan, ook al heeft men bij wijze van uitzondering enkele communautaire elementen toegelaten (zoals de optionele prejudiciële procedure). Van cruciaal belang hierbij is dat in de omschrijving van het kaderbesluit in art. 34 lid 2 sub b EU-Verdrag enerzijds aansluiting is gezocht bij de definitie van de richtlijn in art. 249 lid 3 EG-Verdrag, maar anderzijds daaraan is toegevoegd dat kaderbesluiten geen rechtstreekse werking hebben. Die toevoeging heeft betrekking op de rechtspraak van het HvJ EG omtrent de directe werking van niet, te laat of onjuist geïmplementeerde richtlijnbepalingen. Aldus hebben de opstellers van het EU-Verdrag de (onmiddellijke) doorwerking van kaderbesluiten buiten de deur willen houden. Het is dan een kleine stap, al zijn de travaux préparatoires op dit punt niet heel specifiek, om aan te nemen dat de verdragspartijen ook de middellijke vorm van doorwerking van kaderbesluiten — de plicht tot conforme interpretatie — hebben willen uitsluiten. Dit leidt tot een principiële stellingname: de Derde Pijler is in essentie intergouvernementeel en juist daarom kan het recht van de Derde Pijler niet gelden als grondslag voor een verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie. Dat een plicht tot conforme interpretatie wel op andere — nationaalrechtelijke of internationaalrechtelijke — gronden kan worden verdedigd (vgl. onder andere Corstens, t.a.p.), doet aan de kracht en het belang van deze stellingname niet af. Het HvJ EG had immers te oordelen of het EU-Verdrag een toereikende grondslag biedt.

Het is duidelijk dat het HvJ EG — in navolging van A-G Kokott — de Derde Pijler niet als zuiver of overwegend intergouvernementeel wil kwalificeren. Opmerkelijk en onbevredigend is dat het HvJ EG met geen woord rept over de uitsluiting van rechtstreekse werking van kaderbesluiten in art. 34 lid 2 sub b EU-Verdrag. Het HvJ EG wekt daarmee de indruk dat het de bedoeling van de verdragspartijen bij het EU-Verdrag niet relevant acht. Vanuit het perspectief van de rechtspraak van het HvJ EG hoeft dat op zich niet veel verbazing te wekken. Al eerder heeft het HvJ EG in de context van de Derde Pijler laten doorschemeren aan de bedoeling van de verdragspartijen geen groot gewicht te willen toekennen (zie HvJ EG 11 februari 2003, zaken C-187/01 en C-385/01, Gözütok en Brügge, NJ 2004, 194, m.nt. JR, r.o. 46, en daarover Vervaele, Common Market Law Review 2004, p. 808–809). Vanuit het perspectief van de reacties op de Pupino-uitspraak is het negeren van de bedoeling van de verdragspartijen van groot belang. Men stuit hier, naar het mij voorkomt, op een verschil in denkpatronen. Europeesrechtelijk georiënteerde juristen zijn allang gewend aan het beginsel van ‘autonome uitlegging’, zoals dat binnen het communautaire recht is ontwikkeld. De ontwikkeling van de communautaire rechtsorde in de huidige vorm was nooit mogelijk geweest indien de bedoeling van de verdragspartijen doorslaggevend zou zijn geweest. Dat hetzelfde nu ook gebeurt in de Derde Pijler, wordt dan ook niet als schokkend ervaren. Het denken van strafrechtjuristen kent een ander grondpatroon. In het strafrecht staat de binding aan de wet centraal en wordt aan de bedoeling van de wetgever tamelijk veel gewicht toegekend. Deze invalshoek — waarbij ‘wetgever’ dan zou moeten worden vervangen door ‘verdragsgever’ — valt moeilijk te ontwaren in de Pupino-uitspraak. Dit verschil in denkpatroon is naar mijn mening van belang, omdat het de scherpe kritiek op de Pupino-uitspraak vanuit strafrechtelijke

hoek mede verklaart en in de juiste context plaatst. Dat betekent ook dat de kritiek niet zozeer gericht is tegen invloed van 'Europa' op het strafrecht, en ook niet tegen het gegeven dat de nationale regelgeving in overeenstemming met het internationale recht wordt toegepast. Het gaat er veeleer om dat die invloed en toepassing een toereikende rechtsgrondslag kennen.

3

De kritiek uit strafrechtelijke hoek maakt duidelijk — hoe men die kritiek verder ook waardeert — dat het belang van de Pupino-uitspraak nauwelijks kan worden overschat. Het HvJ EG zet een principiële stap door de Derde Pijler te kwalificeren als een rechtsorde die verder strekt dan 'gewone' intergouvernementele samenwerking. Evenals in de uitspraak waarin de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein wordt erkend (HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, Commissie/Raad, NJ 2006, 210, m.nt. M.R. Mok), preludeert het HvJ EG op de integratie van de Eerste en Derde Pijler naar communautair model in de Grondwet van Europa. De uitspraak over de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein heeft in Europa geleid tot een stroom van, veelal verontwaardigde of bezorgde, politieke reacties (zie daarover Vervaele, DD 2006, p. 657–668). In Nederland is een motie door de Tweede Kamer aanvaard waarin de regering wordt verzocht in de Raad geen goedkeuring te geven aan voorstellen van de Commissie 'die leiden tot verbod van het nationale strafrecht' (Kamerstukken II 2005/06, 23 490, nr. 424). Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat de Pupino-uitspraak het politieke circuit niet lijkt te hebben bereikt. In slechts één kamerstuk trof ik een terloopse verwijzing naar deze uitspraak aan (Kamerstukken II 2005/06, 30 037, nr. 9, p. 3). Natuurlijk, de uitspraak over de bevoegdheid van de Gemeenschap op strafrechtelijk terrein raakt heel zichtbaar de machtsverhoudingen binnen Europa, in het bijzonder die tussen de Commissie en de lidstaten. Maar als het gaat om de soevereiniteit van de lidstaten doet de Pupino-uitspraak niet onder. Want door de aanvaarding van de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie krijgt 'Europa' een vrij stevige greep op het nationale strafrecht. Een korte schets van de implicaties van kaderbesluitconforme interpretatie kan dat duidelijk maken (zie meer uitvoerig Kristen, t.a.p.; vgl. ook diens uiteenzetting over richtlijnconforme interpretatie in het strafrecht in Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht, Nijmegen: WLP 2004, p. 61–79).

De kern van de plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie wordt in r.o. 43 van de Pupino-uitspraak weergegeven: de (nationale) rechter moet het nationale recht zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van het kaderbesluit dat aan de orde is. Deze kaderbesluitconforme interpretatie verschilt niet van de richtlijnconforme interpretatie. Het gaat immers, zo benadrukt het HvJ EG, om 'het beginsel van conforme uitlegging' dat ook geldt voor de Derde Pijler. Uit de rechtspraak van het HvJ EG omtrent richtlijnconforme interpretatie kunnen grosso modo vier kenmerken van het beginsel van conforme uitleg worden afgeleid, die ook — impliciet of expliciet — worden genoemd in de Pupino-uitspraak (r.o. 43–48). Ten eerste, het gaat om een plicht tot conforme interpretatie. Weliswaar kent deze plicht een grens (zie het vierde kenmerk), maar de nationale rechter is in principe gehouden om tot conforme interpretatie over te gaan. Het betreft geen interpretatiemethode die de rechter vrijelijk kan toepassen of buiten beschouwing kan laten. In nauwe relatie hiermee staat het tweede kenmerk: indien enigszins mogelijk, moet de rechter de in het nationale recht gebruikelijke interpretatiemethoden zodanig toepassen dat het met een richtlijn of kaderbesluit beoogde resultaat

wordt bereikt. De rechter moet het nationale recht dus zo veel mogelijk kneden om het in overeenstemming met het Europese recht te brengen (vgl. in het bijzonder HvJ EG 5 oktober 2004, zaken C-397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer e.a., NJ 2005, 333, m.nt. MRM, r.o. 116). Dat geldt ook indien de wetsgeschiedenis — en dus de bedoeling van de nationale wetgever — in een andere richting wijst dan het resultaat dat met de conforme interpretatie wordt bereikt (vgl. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier, Jur. 2004, p. I-5791, r.o. 13). Ten derde, de plicht tot conforme interpretatie beperkt zich niet tot de bepalingen waarmee het betreffende kaderbesluit is omgezet, maar tot het gehele nationale recht. Na het verstrijken van de omzettingstermijn van een kaderbesluit komt dat nationale recht dus in het licht te staan van het kaderbesluit. Ten vierde, de plicht tot conforme interpretatie kent begrenzingsen. Deze plicht dwingt de rechter allereerst niet tot een uitleg van het nationale recht contra legem. Die grens is niet heel scherp. Het is primair aan de nationale rechter om te bepalen of die grens wordt overschreden, maar voor die rechter geldt ook dat hij het nationale recht zo veel mogelijk moet kneden om het in overeenstemming met het Europese recht te brengen. Daarnaast stellen algemene rechtsbeginselen, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, grenzen aan de plicht tot conforme interpretatie. In materieel-strafrechtelijk opzicht zijn de consequenties daarvan nog redelijk helder. Het vestigen of verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan niet uitsluitend op een richtlijn of kaderbesluit rusten (vgl. ook HvJ EG 3 mei 2005, zaken C-391/02 en C-403/02, Berlusconi e.a., NJ 2006, 2, m.nt. M.R. Mok, r.o. 74). Daarvoor is een duidelijk voorschrift in de nationale wet nodig (HvJ EG 12 december 1996, zaken C-74/95 en C-129/95, Strafzaken tegen X., Jur. 1996, p. I-6609, r.o. 25). Dat sluit mijns inziens conforme interpretatie op het vlak van het materiële strafrecht echter niet uit. Het rechtszekerheidsbeginsel laat een zekere ruimte voor uitleg van delictomschrijvingen door de rechter (vgl. EHRM 9 februari 1995, NJ 1995, 606, m.nt. Kn), en binnen die marge doet de richtlijn of het kaderbesluit zijn werking gelden. Een voorbeeld daarvan is HR 11 juli 2000, NJ 2000, 606. Voor het strafprocesrecht liggen de zaken nog minder duidelijk. Weliswaar bestaat er consensus dat het recht op een fair trial dient te worden gerespecteerd (vgl. r.o. 59 van de Pupino-uitspraak, zij het dat daar strikt genomen om de uitleg van kaderbesluit zelf gaat), een scherpe maatstaf wat conforme interpretatie wel en niet vermag, levert dat niet op.

Het HvJ EG speelt door de beantwoording van prejudiciële vragen een belangrijke rol bij het bepalen van de betekenis van de bewoordingen en het doel van (bepalingen uit) kaderbesluiten. Ook al kent de prejudiciële procedure van art. 35 EU-Verdrag enkele beperkingen in vergelijking met de communautaire variant, het is duidelijk dat vanuit Luxemburg de nodige invloed op het nationale strafrecht kan en zal worden uitgeoefend. Die invloed moet niet worden onderschat. Kaderbesluiten bevatten strafrechtelijke termen die verband houden met strafrechtelijke termen en leerstukken — zoals opzet, uitlokking, poging, dwangmaatregelen — die in de verschillende lidstaten veelal wel bekend staan onder één noemer, maar waarvan de inhoud per land behoorlijk kan verschillen. Indien het HvJ EG aan die termen en leerstukken een specifieke betekenis gaat geven, moeten nationale rechters het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming daarmee uitleggen. Dat beïnvloedt — of negatief gesteld: ontwricht — onmiskenbaar de nationale strafrechtelijke systemen (zie uitvoerig Van Kempen, t.a.p., vgl. ook diens bijdrage in Glijdende schalen, Nijmegen: WLP 2003, p. 247–266). Alsdan is er sprake van, zoals de hiervoor genoemde motie het noemt, ‘verbrokkeling van het nationale strafrecht’.

De kritische reacties op de Pupino-uitspraak kennen nog een andere achtergrond. Deze uitspraak roept namelijk de vraag op of er, met de aanvaarding van de plicht tot conforme uitleg, nog andere communautair getinte verrassingen in de hoge hoed van het HvJ EG zitten. Het (openlijk) aanvaarden van rechtstreekse werking van kaderbesluiten lijkt onmogelijk, juist omdat deze werking expliciet wordt uitgesloten in art. 34 lid 2 sub b EU-Verdrag. Maar die beperking is wellicht niet eens zo klemmend. Door hoge eisen te stellen aan conforme interpretatie kan soms worden bewerkstelligd dat de facto een nationaal voorschrift dat op gespannen voet met een kaderbesluit staat, buiten werking wordt gesteld. Ook wordt er door beoefenaars van het Europese recht gewezen op mogelijkheden om langs andere routes dan de rechtstreekse werking de positie van het Derde Pijlerrecht binnen de rechtsstelsels van de lidstaten verder te versterken. Genoemd worden het toekennen van een (meer) eigenstandige positie van het beginsel van voorrang — dat beginsel ligt ook besloten in de plicht tot conforme interpretatie — en het verder uitwerken van het beginsel van loyale samenwerking (zie Barents, t.a.p., p. 77–78; Prechal, a.w., p. 22–24; Lenaerts & Corthaut, *European Law Review* 2006, p. 287–315). Wat de concrete gevolgen daarvan in de Derde Pijler zouden kunnen zijn, is niet eenvoudig aan te geven. Prechal stelt onder andere dat vanwege het beginsel van voorrang bepalingen van een kaderbesluit niet getoetst mogen worden aan nationaal (constitutioneel) recht. Daarmee lijkt zij haar pijlen te richten op de niet onomstreden uitspraken van het Poolse Trybunał Konstytucyjny en het Duitse Bundesverfassungsgericht, waarin de nationale omzettingswetgeving terzake van het Europees arrestatiebevel onconstitutioneel is verklaard. Moet wellicht ook worden gedacht aan een plicht om nationale voorschriften buiten toepassing te laten, indien deze in strijd zijn met het Derde Pijlerrecht? De vraag is of dat niet in strijd komt met de uitsluiting van rechtstreekse werking, omdat het buiten toepassing laten van nationale voorschriften één van de mogelijke rechtsgevolgen is van het toekennen van directe werking aan Europese voorschriften. Of moet die uitsluiting na de Pupino-uitspraak beperkt worden geïnterpreteerd, waardoor alleen het rechtstreeks toepassing geven aan bepalingen uit kaderbesluiten niet is toegestaan, terwijl het buiten toepassing laten van nationale voorschriften — binnen zekere randvoorwaarden — wordt toegelaten op grond van een algemene rechtmatigheidstoets? (Vgl. over die toets Kristen 2004, p. 96–99; Prechal, *Directives in EC law*, Oxford: OUP 2005, p. 234–237.) Verder wordt in de Pupino-uitspraak een goed aanknopingspunt gezien voor het aannemen van staatsaansprakelijkheid vanwege het schenden van het Derde Pijlerrecht, in het bijzonder vanwege het niet, te laat of onjuist implementeren van kaderbesluiten. Dit alles is (nog?) geen geldend recht, maar de Pupino-uitspraak biedt wel een opstap.

Het vorenstaande illustreert wederom het (potentieel-)verstrekkende karakter van de Pupino-uitspraak. Het maakt tevens duidelijk dat strafrechtjuristen zich vanaf nu niet meer aan het Europese recht kunnen onttrekken. Kennis van de basisconcepten van het Europese en dan vooral het communautaire recht is niet alleen vereist voor de toepassing van het Europese strafrecht, maar om te kunnen communiceren en discussiëren met beoefenaren van het Europese recht. Europees strafrecht is tegenwoordig immers eerst en vooral Europees recht.

Wanneer men de consequenties van de Pupino-uitspraak op zich laat inwerken, rijst de vraag of deze uitspraak niet tevens een weerslag heeft op de uitsluiting van directe werking in art. 34 lid 2 sub b EU-Verdrag. Gegeven het feit dat de plicht tot kaderbesluitconforme uitleg is aanvaard en indachtig de mogelijke verdere communautarisering van de Derde Pijler, leidt die uitsluiting tot een zekere onevenwichtigheid binnen de Derde Pijler. Bedacht moet worden dat rechtstreekse werking primair een instrument is dat ten gunste van de burger is ontwikkeld. Afhankelijk van de inhoud van een kaderbesluit zou een (verdachte) burger daar zijn voordeel mee kunnen doen, met name wanneer het kaderbesluit hem bepaalde rechten toekent (zie bijvoorbeeld art. 11 en 14 Kaderbesluit Europees aanhoudingsbevel). Ook om een andere reden is er sprake van onevenwichtigheid. Groenhuijsen (t.a.p.) wijst er terecht op dat de plicht tot kaderbesluitconforme uitleg alleen consequenties heeft indien het recht van een lidstaat een dergelijke uitleg toelaat. Indien een bepaling uit een kaderbesluit niet wordt geïmplementeerd en het nationale recht ook geen andere bruikbare aanknopingspunten voor conforme interpretatie biedt, valt er eenvoudig niets in overeenstemming met het kaderbesluit uit te leggen. Rechtstreekse werking toekennen aan de betreffende bepaling uit het kaderbesluit is niet mogelijk, terwijl ook andere mogelijkheden om de lidstaat vanwege het niet-implementeren tot de orde te roepen, zo goed als ontbreken. De relativering van de uitsluiting van directe werking als expressie van het overwegend intergouvernementele karakter van de Derde Pijler door het aanvaarden van de plicht tot conforme uitleg, raakt in dat opzicht de innerlijke balans van de Derde Pijler. Het wordt dan ook hoog tijd voor een nieuw raamwerk voor de Europese strafrechtelijke integratie.